

Л. В. МАМЧУР. ОСОБЛИВОСТІ МЕДІАЦІЇ В КРАЇНАХ АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОЇ СИСТЕМИ ПРАВА

Стаття присвячена особливостям запровадження медіаційних процедур у національну правову систему. Особлива увага приділяється ролі медіатора у процесі медіації, його правовий статус, а також ефективність застосування медіації як інструменту вирішення правових суперечок.

Ключові слова: медіація, медіатор, процедура примирення, альтернативне вирішення спорів, арбітраж.

Статья посвящена особенностям внедрения медиационных процедур в национальную правовую систему. Особенное внимание уделяется роли медиатора в процессе медиации, его правовому статусу, а также эффективности использования медиации, как инструмента решения правовых вопросов.

Ключевые слова: медиация, медиатор, процедура примирения, альтернативное решение спора, арбитраж.

The article is dedicated to the peculiarities of providing mediation into national legal system. The special attention is paid to the role of mediator in the mediation, his legal status, also the effective usage of mediation as mean of settle of legal disputes.

Key words: mediation, mediator, concillation, alternative disputes resolution, arbitration.

Альтернативне (без судового розгляду) вирішення правових спорів включає кілька процедур, застосування яких дозволяє мінімізувати тривалість і вартість прийняття рішень, що відновлюють порушену в результаті спору рівновагу між учасниками цивільних правовідносин.

Однією з таких процедур є медіація, яка вперше сформувалася як відокремлений правовий інститут десь у середині минулого століття у США. Ефективність її застосування як інструменту вирішення правових суперечок зумовила швидке розповсюдження відповідних процедур насамперед у державах зі спорідненою системою правового регулювання (країнах загального права) – Австралії, Великій Британії, країнах-членах Британського співтовариства націй. Дослідники відзначають популярність медіації у країнах, де вона застосовується традиційно; у Великій Британії створена навіть спеціальна служба, на гарячу лінію якої можна подзвонити з будь-якого куточка країни, сформулювати суть конфлікту і висловити свої побажання щодо кандидатури медіатора¹.

Медіація поступово поширилася і у країнах Європи з континентальною правовою системою та застосовується для вирішення конфліктів, ускладнених іноземним елементом. Відбувається гармонізація європейського законодавства щодо медіації. Зокрема, Рекомендація № R (99)19, прийнята Комітетом міністрів Ради Європи 15 вересня 1999 р., закликала держави – члени Ради Європи сприяти розвитку і проведенню програм посередництва між потерпілим і правопорушником як загальнодоступної послуги. Рамковим рішенням Ради Європейського Союзу «Про положення жертв у кримінальному судочинстві» від 15 березня 2001 р. визначено, що всі країни ЄС в обов'язковому порядку повинні ухвалити закони, які б забезпечували проведення медіації в кримінальних справах, а національні

© МАМЧУР Людмила Володимирівна – кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільного та кримінального права і процесу Чорноморського державного університету імені Петра Могили

суди – приймати до розгляду будь-яку угоду між жертвою та правопорушником, досягнуту в ході її проведення².

З метою запровадження процедури медіації (примирення) у цивільному та господарському судочинстві були прийняті Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи «Про медіацію в цивільних справах» та «Про сімейну медіацію», а також «Зелена книга» про альтернативне врегулювання спорів у цивільному та комерційному праві Комісії Європейських Співтовариств, Типовий закон ЮНСІТРАЛ Про міжнародну комерційну примирювальну процедуру з настановами щодо її впровадження й застосування (2002)³.

Про можливість застосування медіації у державах пострадянського простору заговорили наприкінці ХХ століття, у Росії та Казахстані медіація вже активно впроваджується в юридичну практику⁴. На думку вітчизняних фахівців, в Україні медіація існує понад 10 років⁵.

Указом Президента України від 10 травня 2006 року затверджено Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів⁶. У п.5 Концепції наголошується на необхідності наукового обґрунтування і практичного втілення медіації як дешевшого і менш формалізованого способу врегулювання спору, та широкому інформуванні громадськості про її переваги для захисту прав порівняно з судовим механізмом. Аналогічну позицію займає і Рада суддів України⁷.

Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів визначає медіацію як «діяльність професійних посередників, які спрямовують учасників юридичного спору до компромісу і врегулювання спору самостійно самими учасниками». Для застосування медіації у окремих видах правових конфліктів важливим є з'ясування її особливостей, що традиційно склалися.

У доктрині країн загального права медіація (mediation) визначається як приватна, неформальна процедура вирішення спору, у ході якої третя особа – медіатор – надає допомогу учасникам спору у досягненні порозуміння. Медіатор не має повноважень щодо примусового виконання прийнятого рішення сторонами. Медіація (посередництво) є різновидом процедур з альтернативного вирішення спорів (alternative dispute resolution), поряд із арбітражем (arbitration) та примиренням (conciliation). Крім того, медіацією називають дружній вплив (втручання) нейтральної нації у протистояння двох інших з метою їх примирення⁸.

Головною причиною появи медіації у США стала така особливість прецедентної правової системи, як відсутність «готового рішення» у вигляді сформульованого правила поведінки у конкретному акті законодавства, який можна було б обрати за зразок при вирішенні спору. Думка судді при вирішенні спору є визначальною, і прогнозувати майбутнє вирішення конфлікту складно. Формуванню медіації сприяли деякі обставини⁹, а саме: звертаючись до суду, сторони передавали йому усі повноваження щодо вирішення спору; висока вартість участі у судовому процесі сторони із залученням адвоката; тривалість судового розгляду спору, що затягує існування конфлікту і негативно впливає на бізнес, та комплексність багатьох спорів, неможливість розглянути їх у рамках одного судового процесу, коли при зверненні до адміністративної чи судової процедури захисту порушених прав виникає необхідність подавати низку позовів або клопотань до компетентних органів.

Медіація має п'ять стадій – досягнення угоди між сторонами про проведення медіації, вибір медіатора, підготовка до проведення медіації та прийняття рішен-

ня (і, можливо, надання йому форми договору).

Застосування медіації є проявом доброї волі учасників, їх зацікавленості у розв'язанні конкретного конфлікту і не відбувається без взаємної на це згоди усіх сторін. Медіація допустима на ранній стадії існування правового конфлікту, коли він ще не загострився, і сторони зберігають можливість до діалогу, тобто наявний не спір між ними (у традиційному розумінні), а правова суперечка. Зміст цієї суперечки чітко конкретизований, а звернення до медіації та її перебіг повністю залежать від волі сторін; ця особливість дозволяє відмежовувати медіацію від арбітражу, де відмовитися від розгляду справи арбітром або прогнозувати суть конфлікту заздалегідь, наприклад, на стадії укладення договору, неможливо.

Медіація неможлива за умови, коли одна зі сторін не бажає винесення рішення (наприклад, затягує процес або чинить інші перешкоди його укладенню), або намагається створити невідгідні умови для іншої сторони. На відміну від медіації, суд в аналогічних випадках може винести рішення у спори, і сторона, що виграла, буде добиватися виконання рішення.

У процесі медіації сторони можуть узгодити спільне рішення без застосування будь-яких норм матеріального чи процесуального права, або на власний розсуд визначивши право, що застосовується у даному випадку, тобто імперативна сила правових приписів є умовною. Така ситуація полегшує застосування медіації, коли сторонами є юридичні чи фізичні особи різної юрисдикції, і робить її особливо привабливою у тих випадках, коли при укладенні договору сторони вже визначились щодо права, яке застосовується до відносин, що випливають з цього договору, але з ряду причин застосування відповідної правової моделі до вирішення конкретного правового спору сторонам невідгідне. Крім того, медіація дозволяє вирішувати і конфлікти, причиною яких стало порушення неправових норм – звичаїв ділового обороту, моральних засад суспільства тощо.

Визначаючи медіацію як спосіб розв'язання конкретної суперечки, кожна сторона має чітку уяву щодо власних інтересів, які повинні бути відстояні у процесі прийняття рішення. Але завданням медіатора є з'ясування цих інтересів у присутності сторін, та заохочення їх до вироблення особливої моделі поведінки на основі порозуміння і взаємних компромісів, що дозволило б максимально врахувати інтереси обох сторін. Прийняте рішення не погіршує стосунків між учасниками медіації, робить можливою подальшу ділову співпрацю між ними або іншим чином стабілізує відповідні правовідносини.

Саме активна позиція сторін при пошуку рішення щодо найбільш вагомих аспектів суперечки розглядається як основна перевага медіації перед іншими альтернативними способами вирішення спорів¹⁰.

Рішення, прийняте в результаті медіації, не може бути виконане щодо кожної зі сторін примусово (медіатор не має відповідних повноважень), його виконання залежить виключно від доброї волі сторін. Ця обставина дозволяє додатково відмежовувати медіацію від арбітражу. Як зазначає В.Перепечаєнко, в окремих випадках, на прохання і за згодою сторін, прийняте рішення може бути оформлене у вигляді договору і завірене нотаріально. В такому випадку, в процес втручається існуюча система судових і виконавчих органів, які в стані забезпечити виконання рішення¹¹.

Якщо ж сторони не приймуть спільного рішення, вони не втрачають свого права на звернення за захистом до суду або до інших альтернативних способів

вирішення спору (арбітражу чи примирення).

Як слушно зазначено в літературі, спір, що є предметом розгляду в ході медіації, за своєю суттю є спором про право, і це дає змогу відмежувати медіацію від проведення експертизи, в ході якої аналізується спір про факти¹².

Особливу роль у процесі медіації виконує медіатор – фізична особа, обрана за взаємною згодою обох сторін, що виконує функцію дружнього незалежного посередника. Послуги медіаторів пропонують провідні юридичні компанії; іншим варіантом є обрання сторонами медіатора із списку осіб, що зареєстровані у суді. Медіатором може виступати фахівець у сфері спору, і це не завжди повинен бути юрист, але завжди особа, що пройшла спеціальну фахову підготовку, має певні психологічні знання і може відчувати настрої та прагнення обох сторін. Відсутність обов'язкової юридичної освіти обумовлюється тим, що конфлікти між сторонами не завжди виникають у правовій сфері¹³. Медіатор стимулює вирішення конфлікту у присутності обох сторін одразу, сам не пропонує конкретного рішення і залишає його прийняття сторонам, але може поділитися із ними своїм баченням конфлікту; натомість він детально аналізує інтереси кожної зі сторін, «демонструє» їх іншій. Остання особливість дозволяє відмежовувати медіацію від процедури примирення (concillation), коли в процесі розгляду спору нейтральний посередник по чергово спілкується зі сторонами і узгоджує їх позиції, пропонуючи власні варіанти вирішення спору, а рішенням є той варіант, що прийнятний для обох сторін. Таким чином, медіатор організовує процес узгодження позицій сторін і не несе відповідальності за недосягнення згоди або за виконання вже прийнятого рішення.

Особа, що виступає медіатором, повинна зберігати нейтралітет щодо сторін таким чином, щоб це було очевидно для обох з них. Принцип «нейтралітету» медіатора є відносним, оскільки медіатор «зсередини» може бути більш обзіраним. Важливо, отже, щоб учасники медіації його визнали, і щоб він зберігав незацікавленість у ході розв'язання суперечки.

Незалежність медіатора обумовлена також тим, що його гонорар не залежить від прийняття чи неприйняття рішення, прийнятного для сторін; його послуги оплачуються за рахунок сторін, що є учасниками конфлікту, причому кожна сторона сплачує тільки половину суми, на відміну від оплати судових витрат, яку здійснює сторона, що програла процес.

Процедура медіації часто супроводжується неформальним обміном інформацією між сторонами, а її особливістю є те, що завдяки нерозголошенню цієї інформації, як це відбувається, наприклад, у ході гласного судового слухання, вдається запобігти розкриттю конфіденційної інформації, зокрема комерційної таємниці. Справедливо зазначено, що саме «надання інформації про фактичний стан справ в усіх його аспектах в багатьох випадках може виявитися тим елементом, від якого головним чином залежить успіх медіації»¹⁴. На думку М. Калдиної, медіація у корпоративній сфері традиційно застосовується для вирішення наступних питань: приватних конфліктів, що не підлягають розголошенню, між окремими співробітниками, групами, відділами та у загальній структурі підприємства; спірних переговорів між менеджментом та радою директорів; консультацій щодо вибору партнерів по переговорам чи команди, що забезпечує їх проведення; супроводу реалізації досягнутих домовленостей, а інколи і присутності на додаткових переговорах; принципових питань структури підприємства, наприклад спадкування підприємства, злиття і приєднання компаній; спірних переговорів

між підприємствами, наприклад між постачальниками і продавцями, конкурентами тощо¹⁵.

Медіатор може бути як сторонньою особою, так і спеціально уповноваженим службовцем компанії, який визначає можливості для застосування процедур медіації у конкретному конфлікті і у необхідних випадках може підбирати кандидатуру стороннього медіатора або виступати у цій ролі сам. Хоча компанія несе додаткові витрати на запровадження такої посади, проте врегулювання спорів відбувається на більш ранній стадії, що забезпечує відновлення нормальних стосунків у колективі, а робота компанії стає ефективнішою.

Початково медіація була інститутом виключно приватного (добровільного) порядку, коли сторони є вільними у виборі посередника і визначення правил самого процесу. Згодом у США з'явився різновид медіації як інституту публічного процесуального права: з метою зменшення завантаженості судів країн загального права проведення медіації в окремих випадках сьогодні є обов'язковою передумовою судового розгляду, а порядок її проведення формалізований. Таким чином, стали розрізняти позасудову та досудову медіацію. Ця практика набула поширення також у окремих країнах континентальної правової сім'ї. Медіація сьогодні широко застосовується при вирішенні трудових, сімейних, корпоративних, публічних конфліктів, відновлення статуту потерпілого від злочину, з'ясуванні суперечок внаслідок ДТП, заподіяння шкоди життю і здоров'ю неналежним лікуванням.

Є, проте, випадки, коли вдаватися до медіації недоцільно: одна зі сторін веде себе недобросовісно, або коли сторона, що впевнена у своїй правоті, хоче отримати прецедентне судове рішення і використовувати його далі при вирішенні аналогічних конфліктів у суді.

Як вже зазначалося, запровадження медіаційних процедур у національну правову систему є доволі перспективним і має багато переваг. Проте, досі не існує однастайності щодо можливих методів такого запровадження. На думку фахівців, у країнах, де немає історичних традицій використання альтернативних способів вирішення спорів, запровадження медіації повинне здійснюватися через визнання її обов'язковим досудовим етапом розгляду окремих категорій спорів у суді (така практика існує в США та Великій Британії), інакше надзвичайно складно буде забезпечити її популярність¹⁶.

1. *Таймазов В.* Медіація в Росії: первые шаги // [Електронний ресурс] – Режим доступу: buhgalteria.ru/article/6812. 2. *Замніус В., Ковриженко Д., Землянська В.* Передумови впровадження процедури медіації в Україні // Парламент. – 2004. – № 3. – С. 5. 3. *Жмудь В.* Запровадження процедури медіації (примирення) у законодавстві України // Юридичний журнал. – 2007. – № 11. – С. 8. 4. *Власенко О.* Медіація – основа громадянського общества // Эксперт Казахстан. – №22 (124) от 11 июня 2007г.; *Теперь* начинается самое главное: репортаж с конференции «Медіація. Альтернативные методы разрешения и их значение в совершенствовании деловой и корпоративной этики» // Медіація и право. – 2007. – № 4(6). 5. *Медіація* як спосіб вирішення суперечок: інтерв'ю з Г.Єрьоменко, В.Ряботою // [Електронний ресурс] – Режим доступу: [innovations_com_ua.htm](http://innovations_com.ua.htm). 6. *Концепція* вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів. Затв. Указом Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006 // [Електронний ресурс] – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=2&nreg=361%2F2006. 7. *Про концептуальні підходи* Ради суддів України до подальшого здійснення судово-правової реформи в Україні. Заява

Ради суддів України від 26 травня 2006р. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.uazakon.com/document/fpart19/idx19009.htm. **8.** *Black's Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern* – St Paul, Minn. West Publishing Co., 1990. – Р. 981. **9.** *Молотников А.Е.* Медиация // Акционерное общество: вопросы корпоративного управления. – 2007. – № 6 // [Електронний ресурс] – Режим доступу: gaar.ru/biblio/management/curp/059.asp **10.** *Таймазов В.* Медиация в России: первые шаги // [Електронний ресурс] – Режим доступу: buhgalteria.ru/article/6812, станом на 18.04.2010 р. **11.** *Перепечасенко В.* Інтеграція до європейського співтовариства вимагає застосування нових соціальних інститутів: інтерв'ю від 27 жовтня 2007 р. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: europexxi.kiev.ua/index2.php?option=com_content&task=view&id=41&pop=1&page=0. **12.** *Тыньель А., Функ Я., Хвалей В.* Курс международного торгового права. – 2-е изд. – Минск: Амалфея, 2000. – С. 680. **13.** Детальніше про існування окремих точок зору щодо базової освіти медіатора див.: *Молотников А.Е.* Медиация // Акционерное общество: вопросы корпоративного управления. – 2007. – № 6 // [Електронний ресурс] – Режим доступу: gaar.ru/biblio/management/curp/059.asp **14.** *Тыньель А., Функ Я., Хвалей В.* Курс международного торгового права. – 2-е изд. – Минск: Амалфея, 2000. – С. 680-681. **15.** *Калдина М.* Партнер по конфликту // [Електронний ресурс] – Режим доступу: z-gr.ru/publications/conflict **16.** Теперь начинается самое главное: репортаж с конференции «Медиация. Альтернативные методы разрешения и их значение в совершенствовании деловой и корпоративной этики» // Медиация и право. – 2007. – № 4(6).